DIE
RECHTLICHE NATUR DER WANDELUNG.

DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWUERDE

DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTAET

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITAET WUERZBURG

VORGELEGT VON

ALFONS GÜNDER

RECHTSPRAKTIKANT.

ACAD LUGD BAT BIBL.

WUERZBURG.

FRAENKISCHE GESELLSCHAFTSDRUCKEREI, G. m. b. H.

1904.

Referent:

Geheimrat Professor von Burckhardt.

Meinem lieben Onkel,

Herrn Dechantpfarrer Karl Günder

in **Kitzingen**,

Bischöfl. geistl. Rat,

in treuer Dankbarkeit gewidmet.

Würzburg, 2. November 1904.

Literatur-Verzeichnis.

I. Zum historischen Teil:

Dernburg, Pandekten, Bd. II, pg. 279 ff.

Vangerow, Pandekten, Bd. III, pg. 205 ff.

Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B. G.-B. 1892/93 zu § 383 E I.

II. Zum geltenden Recht:

A. Vertragstheorie:

Aschheim, Der Wandelungsanspruch beim Kauf des B. G.-B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. Inaug.-Diss. Rostock 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, Abt. 2, pg. 57/58.

Dernburg, Deutsche Juristenzeitung, VIII. Jahrgang, 1. Heft, pg. 1 ff.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B. G.-B. pg. 73/74.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G.-B., 5. Auflage, Bd. I,2 pg. 721/22 (zweifelt die Vertragskonstruktion an).

Engeling, Worin unterscheidet sich nach dem Recht des B. G.-B. die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Fehler und Mängel der Kaufsache und des Werkes? 1902. Inaug.-Diss. Leipzig, pg. 28.

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands, pg. 331/32.

Flechtheim, Gruchots Beiträge Bd. 44 pg. 72. dto. Deutsche Juristenzeitung 1902 pg. 319/20.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, pg. 383, Note 5.

Hirsch (-Nagel), Die Gewährleistung beim Viehhandel, pg. 46 ff.

Kalthoff, Die Bestimmungen des B. G.-B. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung. Inaug.-Diss. Freiburg, pg. 36.

Kemmerich, Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache nach gemeinem Recht und dem B. G.-B. Inaug.-Diss. Erlangen, pg. 17 ff. 40.

Kloss, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht, Bd. IX., pg. 287—291.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G.-B., Bd. II pg. 258—260.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Inaug.-Diss. Erlangen, pg. 31 ff.

Leske, Vergleichende Darstellung des B. G.-B. und des preussischen A.-L.-R. pg. 198 ff.

Meissner, Die Vorschriften des B. G.-B. über die Viehgewährschaft.

Naefe. Die Gestaltung der Wandelung nach 467 B. G.-B. Inaug.-Diss. Jena, 1900.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, zu § 462, bes. pg. 186.

Planck, Kommentar zu § 462, Note 3.

Schernowsky, Die Bestimmungen des B. G.-B. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung. Inaug.-Diss. 1902. Rostock, pg. 27/28.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G.-B., pg. 16/17.

Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. Inaug.-Diss.

Schumacher, Viehhandel und Viehprozess, pg. 48.

Simeon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reich, pg. 372.

Stahl, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Inaug.-Diss.

Stamm, Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft im gemeinen Recht und im B. G.-B. Inaug.-Diss. Leipzig. pg. 61 ff.

Staudinger, Kommentar zu § 462.

Stratmann, Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des B. G.-B. Inaug.-Diss. Rostock, 1901.

Tränkner, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht. Bd. XI, pg. 91.

Weyl, Vorträge über das B. G.-B. für Praktiker, Bd. I, pg. 406.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900. II, pg. 656 ff. bes. 659.

B. Restitutionstheorie:

Cohn, Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1899, pg. 41 ff.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, pg. 460.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf. Inaug.-Diss. Greifswald, 1900; pg. 58 ff.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. I. pg. 536 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, zu § 194 und 465.

Goudefroy, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem B. G.-B. für das deutsche Reich. Inaug.-Diss. Rostock, 1902, pg. 38—52.

Haymann, Gruchots Beiträge, Bd. 46, pg. 509—549.

Heuer, Hanseatische Gerichtszeitung 1901, Beiblatt 14, pg. 77—80.

Heuer, Das Recht 1902, Nr. 4, pg. 97.

Langheinecken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen B. G.-B. pg. 215—246.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, pg. 499/500.

Matthiass, Deutsche Juristenzeitung 1802, pg. 205 ff.

Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruch des B. G.-B. Inaug.-Diss. Bonn 1900, pg. 3 ff.

Neumann, Handausgabe des B. G.-B., Bd. I.2 zu § 462, II.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem B. G.-B., pg 118.

Rossi, Die Haftung für heimliche Mängel der Kaufsache. Inaug.-Diss. Erlangen, pg. 21.

Scherer, Hanseatische Gerichtszeitung 1901, Beiblatt 22, pg. 125/26.

Scherer, Das 2. Jahr des B. G.-B. pg. 338.

Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels, pg. 139.

Staub, Kommentar zum H.-G.-B. Bd. II zu § 377, pg. 1359 ff.

Stein, in Gaupp-Stein's Kommentar zur C.-P.-O., Bd. I § 260/IIb, pg. 552.

Steinitz, Die Voraussetzungen des Rechts auf Wandelung und Minderung. Inaug.-Diss. Breslau, pg. 37 ff.

Thiele, Archiv für zivilistische Praxis 1903, pg. 387—432.

Werner, Das Recht, 1902, Nr. 11, pg. 476.

C. Unentschieden:

Nissen, Juristische Wochenschrift 1902 Nr. 70—74.

Staffel, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht, 1900, pg. 665—676.

Inhaltsverzeichnis.

I. Kapitel.

Einleitung; Entwicklung des Wandlungsstreites.

§ 1. Gemeines Recht 1
§ 2. Auftauchen der Vertragstheorie in der zweiten Kommission 2
§ 3. Schicksal der Vertragstheorie in der Literatur . . . 4

II. Kapitel.

Begründung der Restitutionstheorie aus dem geltenden Recht.

§ 4. Die Definition des § 462 B. G.-B. 5
§ 5. Die Beschränkung des ius variandi durch § 465 B. G.-B. 7
§ 6. Die Wandelungseinrede des § 478 B. G.-B. 10
§ 7. Die Widerlegung der Vertragstheorie durch § 480 B.G.-B. 14

III. Kapitel.

Zurückweisung der gegen die Restitutionstheorie vorgebrachten Einwände.

§ 8. Verneinung des Definitionscharakters des § 465 B. G.-B., insbesondere auf Grund seiner Entstehungsgeschichte 16
§ 9. Abweisung des Gegenarguments des § 467 B. G.-B. . 21
§ 10. Die Kompensabilität des Wandelungs(geld)anspruchs nach §§ 479, 639/I B. G.-B. 22

IV. Kapitel.

Missliche Konsequenzen der Vertragstheorie.

§ 11. Erfordernis doppelter Prozessführung 24
§ 12. Die Unmöglichkeit einer vorläufigen Vollstreckung . . 36
§ 13. Unmöglichkeit des Rückgewährverzugs 37
§ 14. Schwierigkeiten in der Frage der Verjährung 40
§ 15. Formale Umständlichkeiten bei Wandelung von Grundstücksverkäufen 41
§ 16. Gläubigerbenachteiligung im Kontokurrentverkehr . . 42

V. Kapitel.

Das Wandelungsrecht auf der Grundlage der Restitutionstheorie.

§ 17 43

VI. Kapitel.

Stellungnahme der Praxis.

Schluss 48

I. Kapitel.

Einleitung: Entwicklung des Wandelungsstreits.

§ 1.

Gemeines Recht.

Im bisherigen Recht war die Wandelung folgendermassen ausgebildet: Die actio redhibitoria war der einseitige Anspruch auf unmittelbare Wiederherstellung des Zustands vor Abschluss des Kaufvertrags über eine mangelhafte Sache. Dies besagt im Einzelnen:

1. War die Leistung bereits von beiden Vertragsteilen erfolgt, so ging der Anspruch des wandelnden Käufers auf Rückzahlung des entrichteten Kaufpreises, der des so belangten Verkäufers auf Rückgewähr der Sache. Unzweideutig zeigt dies l. 23 § 7 D. de aed. ed. et redh. et qu. min. 21,1:

Julianus ait indicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.

Nicht minder deutlich geht dies auch aus Ulpians Begriffsbestimmung hervor (l. 21 pr. D. h. t. 21,1):

„Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio."

Und nicht nur Kaufpreis und Kaufsache mussten restituiert werden, sondern auch auf Zubehör und etwaige Früchte erstreckte sich die Verpflichtung. So lehrt l. 23, § 9; l. 24; l. 31, § 2—4; l. 33 D. h. t. 21,1.

2. War dagegen der Kaufpreis noch nicht gezahlt, so ging die actio redhibitoria auf Befreiung von dieser Schuld, und zwar musste der Käufer liberiert werden, „sive ipsi venditori obligatus est, sive etiam alii." l. 29, § 1 D. h. t. 21,1. Dass bei teilweise erfolgter Zahlung endlich die Ansprüche auf Rückgewähr des Geleisteten und Erlass des noch Geschuldeten neben einander gegeben waren, ergibt sich aus Obigem von selbst.

Die redhibitorische Klage unterlag der kurzen Verjährungsfrist von sechs Monaten; nach Ablauf dieser Zeit war aber keineswegs das Klagerecht erloschen, wie dies z. B. bei der Präklusivfrist der Fall ist; dem Beklagten stand vielmehr nur ein Recht auf Abwehr zu, m. a. W. er konnte sich im Wege der exceptio gegen eine etwa gestellte Klage schützen.

Es konnte somit der redhibitionsberechtigte Käufer, sowohl wenn die Leistung beiderseits, oder einseitig von ihm erfolgt, wie auch, wenn noch gar nicht geleistet war, ein Tun des Verkäufers verlangen, nämlich Restitution oder Liberierung; es stand ihm also, welche Erkenntnis für das Verständnis des modernen Wandlungsrechts von grosser Bedeutung ist, in beiden Fällen ein der Verjährung unterliegender Anspruch im Sinne des jetzt geltenden § 194 B. G.-B. zu.

§ 2.

Auftauchen der Vertragstheorie in der zweiten Kommission.

Auch im neuen Recht sollte die Ausübung der Käuferrechte nach dem Willen der Mehrheit in der zweiten Kommission nicht — wie es die Minderheit beantragte — an eine Präklusionsfrist gebunden werden, sondern einer abgekürzten Verjährung unterliegen. Man durfte also nicht bestimmen, dass zur Rückgängigmachung des Kaufes eine einseitige Handlung des

Käufers genüge, sondern dass dieser eine irgendwie geartete mitwirkende Tätigkeit des Verkäufers zu fordern hat, m. a. W., man musste das Recht auf Wandelung als Anspruch im Sinne des § 194 B. G.-B. konstruieren. In Verkennung des oben (pag. 2) nachgewiesenen Anspruchscharakters der ädilizischen Rechtsmittel erschien der Mehrheit, allerdings nicht ohne Schwanken (cf. Prot. pg. 1575 ff., 1402 ff., 1421 ff.) als einzig möglicher Inhalt der dem redhibierenden Käufer zustehenden Forderung die Berechtigung: „die Aufhebung des Kaufs durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen.“ (Motive II pg. 238 zu § 397 und gedr. Prot. pg. 679/80.)

„Weigere sich der Verkäufer, einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden, und werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der C.-P.-O. seine Einwilligung ersetzt. Als Folge der Aufhebung des Kaufs ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und, falls er bereits gezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern . . . .“

Weiterhin: „Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufs, die Annahme des auf diese gerichteten Vertragsantrags verlangen könne.“

Schon diese beiden Protokollstellen genügen zur klaren Erkenntnis der Rechtsauffassung der zweiten Kommission, welcher sich auch Reatz (die zweite Lesung des Entwurfs Bd. I pg. 212—215) anschloss.

Wie sich aber die ganze moderne Gesetzgebungstechnik nicht mit ihrer wirklichen Aufgabe begnügt,

nämlich mit einer materiellen Regeluug der Lebensverhältnisse im Geiste einer durch die Gesetze der Ethik und Moral geläuterten Wirtschaftspolitik, so verlor man sich auch hier in Entwicklung von Rechtsbegriffen. Statt der Rechtswissenschaft die Lösung Problems von vorneherein zu überlassen, suchte die Kommission auch hier der „Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über diese (ihm) zugrunde liegende Konstruktion zu geben". (Gedr. Prot. pg. 710.)

§ 3.

Schicksale der Vertragstheorie in der Literatur.

Die meisten Kommentatoren und Systematiker des B. G.-B. glaubten nun, das Gesetz sei auf die von der Kommission krampfhaft festgehaltene Konstruktion auch tatsächlich festgenagelt; fühlten und gestanden andererseits aber auch, dass aus dieser Konstruktion sich viele Konsequenzen ergeben, welche „ungesund und unpraktisch sind". (Dernburg a. a. O. pg. 59.)

Gegen diese sogen. Vertragstheorie wandten sich nun Eccius (a. a. O.) und Lobe (a. a. O.), und brachen einer zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führenden Auffassung Bahn. Ihren Ausführungen traten noch viele nahmhafte Juristen zur Seite, und zwar, worauf Ehrlich (a. a. O. pg. 63) mit Recht hinweist, vornehmlich gerade die Männer der Praxis; andere stellten sich aber wieder diesen gegenüber, und so ist der Streit über die rechtliche Natur des Wandelungsanspruches nicht mehr zum Schweigen gekommen. Zur Klärung der Frage soll auch die vorliegende Arbeit einen Beitrag liefern, und zwar auf der Grundlage der Eccius'schen Restitutionstheorie.

II. Kapitel.

Begründung der Restitutionstheorie aus dem geltenden Recht.

§ 4.

Die Definition des § 462 B. G.-B.

Wie das B. G.-B. seine Definitionen vielfach in der Weise bietet, dass es einem dargelegten Tatbestand die technische Bezeichnung in Paranthese folgen lässt, so finden wir auch die Begriffsbestimmung der Wandelung in § 462 B. G.-B.:

„Wegen eines Mangels . . . . . kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) . . . . verlangen.“

Einer Erläuterung bedarf hier nur das Wort: „Rückgängigmachung“. Dass im allgemeinen in diesem Begriff neben der Bedeutung einer „vertragsmässigen Aufhebung“ auch noch die der „Herstellung des tatsächlichen Zustandes, wie er vor dem Kauf bestand“, recht wohl mit enthalten sein kann, geben stillschweigend auch die eifrigsten Parteigänger der Vertragstheorie, wie z. B. Flechtheim, zu, indem er diesen Punkt mit keiner Silbe in die Diskussion zieht, ja (a. a. O. pg. 73) von einer „praktischen Rückgängigmachung“ spricht. Dass eine extensive Interpretation dieser Art auch bei unserer Gesetzesstelle möglich ist, ergibt sich aus der Natur der Sache. Es steht dem auch nicht, wie vielleicht denkbar wäre, der § 467 B. G.-B. im Wege, welcher den § 346 B. G.-B. für entsprechend anwendbar erklärt. Denn die Bestimmung, dass: „die Parteien, wenn die Rückgängigmachung

erfolgt (analog 346: wenn der Rücktritt erfolgt), verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, kann doch auch, ohne gezwungen zu erscheinen, dahin ausgelegt werden, dass eben in der tatsächlichen Rückgewähr der beiderseitig empfangenen Leistungen die Rückgängigmachung besteht. In diesem Sinn kann der Käufer aber auch dann sehr wohl einen Anspruch haben, wenn er noch nicht gezahlt hat, indem er dann als Ziel nur Liberierung von seiner Verbindlichkeit anstrebt. Ist doch nur auf diese Weise die restitutio in den status quo ante hergestellt, der Art, ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam (non) haberet, si venditio facta non esset. (l. 23 § 1 D. 21,1.)

Verstärkt wird nun die Neigung zu einer Deutung des Begriffs „Rückgängigmachung“ in dem umfassenderen Sinn von restituere durch eine weitere Eigentümlichkeit in der Fassung des § 462 B. G.-B., auf welche Werner (a. a. O. pg. 283) aufmerksam macht. Während nämlich das Gesetz, wenn es den reinen Vertrag im Auge hat, zu seiner Benennung den Ausdruck „Kaufvertrag“ gebraucht (drittes Wort in § 435 B. G.-B.), spricht es von Kauf, wenn zugleich die Wirkungen des Kontraktes mit inbegriffen werden sollen. Um nun den blossen Vertrag aus der Welt zu schaffen, würde zwar mutuus dissensus genügen; anders aber liegt die Sache bei Rückgängigmachung des „Kaufs“, d. h. des Vertrags, samt bisher gezeitigten Folgen. Hiezu ist (eben) erforderlich Austausch der empfangenen Leistungen, resp. der begründeten Ansprüche mit dem Willen, auf diese Weise den Kauf rückgängig zu machen.

Im ersten Entwurf ist bereits der Ausdruck „rückgängig machen“ in unserem Sinn aufgefasst. Man vergleiche nur § 387, welcher lautet:

„Der Veräusserer hat, wenn der Vertrag infolge der Wandelung rückgängig gemacht wird, dem Erwerber auch die Vertragskosten zu ersetzen.“

§ 5.

Die Beschränkung des ius variandi durch § 465 B. G.-B.

Dass gegen obige Auslegung des § 462 B. G.-B., mit Unrecht, der § 465 B. G.-B. in's Feld geführt wird, ist im nächsten Kapitel darzulegen; in diesem Zusammenhang dagegen sei nur gezeigt, wie sich dieser Paragraph im Sinn der Restitutionstheorie interpretieren lässt. Zu diesem Zweck betrachten wir die einzelnen Wörter näher.

Vor allem besteht über den Begriff „vollzogen“ grosse Verwirrung. Für's erste glaubt man „vollziehen“ als gleichbedeutend erachten zu müssen mit „vollführen“, „ausführen“‘ wie es ja bei „Vollziehung“ einer Schenkung (§ 525—528 B. G.-B.) oder einer Auflage (2194 ff. B. G.-B.) [cf. weiter 928—934 C.-P.-O., 166,67, 169, 207, 219 K.-O.; 1831 F.-G.-G.; 325, 349 St.-P.-O] angebracht ist.

Setzt man nun den in § 462 B. G.-B. gegebenen Begriff der Wandlung in § 465 B. G.-B. ein und erklärt zugleich „vollziehen“ für identisch mit „ausführen“, so erhält man:

„Die Rückgängigmachung ist ausgeführt, wenn sich der Verkäufer . . . . mit ihr einverstanden erklärt.“ Es kann aber niemals (cf. auch Lobe a. a. O. pg. 116) die „Einverständniserklärung damit, d a s s etwas geschieht, d a s G e s c h e h e n e selbst sein“. Zulässig ist eine Gleichsetzung von „Zustimmung“ zur Wandelung und „Ausführung“ derselben aber nur, wenn die Wandelung ein Vertrag ist, durch welchen der Kaufvertrag aufgehoben wird.

Diese Konsequenz wäre sehr geeignet, die Restitutionstheorie in Misskredit zu bringen; die Anhänger

der Vertragskonstruktion möchten die Deduktion denn auch gerne in diesem Sinne geführt wissen. Es wird aber diesen Ausführungen durch folgendes Argument die Spitze abgebrochen. Statt des, wie Thiele (a. a. O. pg. 389) sich ausdrückt, „materiellen“ Sinnes von „ausführen“ hat vollziehen öfter einen „formalen“ Sinn, und ist dann gleichbedeutend mit „vollenden“, „zum Abschluss bringen“.

Als Beleg hiefür bietet der genannte Autor eine Stelle aus dem preussischen Ausführungsgesetz zum G.-V.-G. Man sollte aber, so lange man mit Reichsgesetzen auskommen kann, zur Wortinterpretation eines solchen nicht ein Landesgesetz als Analogon heranziehen; es ist daher anzunehmen, dass ihm § 259 IV H.-G.-B. entgangen ist, wo gleichfalls von „Vollziehung“ eines Protokolls gesprochen wird.

Legt man nun, wozu man nach Vorausgehendem berechtigt ist, diese formale Bedeutung dem § 465 B. G.-B. zugrunde, so ergibt sich:

Wird in concreto ein Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer geschlossen, so regelt § 465 B. G.-B. den Zeitpunkt, wann die neue Rechtslage, zufolge welcher das Wahlrecht des Käufers abgeschnitten ist, eine definitive, die frühere also zum Abschluss gebracht wird Es ist das „wenn“ demnach beinahe als identisch mit „wann“ aufzufassen.

In Wirklichkeit wird sich also ein solcher Vertrag, wie auch Haymann (a. a. O. pg. 549) und Cosack (Lehrbuch, § 127 I 3 a) annehmen, meist darstellen als Erhebung der einseitigen Wahl des Käufers (unter den verschiedenen Gewährleistungsansprüchen) zum bindenden Wahlvertrag. Gegenüber dem denkbaren Einwand, das Gesetz hätte dann doch (in § 465) korrekter von Vollziehung der Wahl zwischen Wandelung und Minderung gesprochen, verweist

ersterer mit Recht auf mannigfache ungleich grössere Absonderlichkeiten der Sprache und Technik bei Verteidigung eines Aufhebungsvertrags.

Auch der Ausdruck „auf Verlangen“ wurde, zuerst von Eccius (a. a. O. pg. 323) in die Diskussion hereingezogen. Aus dieser Textierung liest er, dass das Verlangen des Käufers nicht einfach auf Wandelung gerichtet sein soll, sondern ausdrücklich auf Zustimmung zu derselben. Das Fordern der Einverständniserklärung mit einer Regelung enthalte aber ein Angebot, und das Eingehen auf das Verlangen bilde die einen Vertragsschluss vollendende Annahme dieser Offerte. Sollte es anders sein — d. h. das Verlangen direkt auf die Wandelung selbst gestellt werden müssen — was dann keinesfalls Einleitung eines Vertragsschlusses, sondern Forderung der Realleistung ist, — so müsste der Text zum mindesten lauten: „auf das Verlangen“, oder besser: „auf das Verlangen der Wandelung“.

Während sich die meisten Autoren diesem Resultat und seiner Begründung anschliessen zu können glauben, gibt sich Thiele (a. a. O. pg. 401 ff.) alle erdenkliche Mühe, nachzuweisen, dass an eine Beziehung des § 465 B. G.-B. zu einem Vertragsschluss überhaupt nicht zu denken sei. Das geht aber zu weit; es lässt vielmehr § 465 B. G.-B. die faktische Möglichkeit eines Vertrags offen, ja die gütliche Einigung wird im Gegensatz zum römischen Recht, wo die Wandlung prinzipiell erst durch das Urteil vollzogen wurde, nunmehr die Regel bilden. Keineswegs ist aber damit gesagt, dass ein solcher Vertragsschluss notwendig sei. Das behauptet allerdings Stratmann (a. a. O. pg. 28), ohne jedoch die Wahrheit seiner Meinung irgendwie darzutun. Oder soll sie sich etwa daraus ergeben, dass, wie er zugesteht, der § 465 B. G.-B. ‚freilich nicht in einer völlig klaren und unzweideutigen Weise abgefasst“ ist?

§ 6.

Die Wandelungseinrede des § 478 B. G.-B.

Einschlägig ist hier § 478 Satz 1 B. G.-B., welcher lautet:

Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt . . ., bevor der Anspruch auf Wandelung . . . verjährt war, so kann er auch noch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung . . . dazu berechtigt sein würde.

Hellwig (Verträge pg. 294, 300) will in der rechtskräftigen Abweisung des klagenden Verkäufers, wie sie auf grund der Einrede erfolgt, einen wirklichen Vollzug der Wandelung erblicken, der Art, dass der Käufer nach Abweisung der Kaufgeldklage nicht mehr das ihm alternativ zustehende Minderungsrecht in Anspruch nehmen könnte. Auch Oertmann (Note 3b zu § 462) steht auf diesem Standpunkt, wenn er sagt:

„In der Defensive (per exceptionem) erheischt der Käufer die richterliche Ergänzung der Einwilligung des Verkäufers; daneben betreibt er Rückbehaltung des Kaufpreises."

Dieses Resultat wird, als den Forderungen der Billigkeit am meisten entsprechend, auch von Matthiass, ferner von Leistner (a. a. O. pg. 42) akzeptiert; Thiele, auch Planck (zu § 478 Note 3a) und Flechtheim dagegen weisen eine derartige Vollzugsmöglichkeit mit Recht zurück. Steht doch dieser Ansicht § 322 I C.-P.-O. gegenüber: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist." Von einer Einrede ist hier nicht gesprochen, denn bei dieser werden Tatsachen nur zur Entkräftung von Klagetatsachen, also lediglich zur Abwehr vor-

gebracht. (Dernburg, Pand. I 137,2.) Angesichts dieser Sachlage entbehrt eben dieses Postulat der aequitas jeder positiv-rechtlichen Begründung.

Richtig dagegen ist, dass hier im Gesetz selbst ein Fall gegeben ist, in welchem das Wandlungsverlangen ohne einen vorherigen Vertrag mit rechtlicher Wirkung so geltend gemacht werden kann, wie wenn rechtswirksam der Rücktritt vom Vertrag erklärt wäre. Denn spricht das Gesetz dies Recht für die Zeit nach Ablauf der Verjährung des Wandlungsanspruchs dem Käufer zu, so zeigt schon die Beifügung des Wortes „auch“, dass dies für die vor Verjährungsablauf liegende Zeit ebenfalls Geltung haben solle; ganz abgesehen davon, dass eine Verjährung niemals günstige Wirkungen für den Berechtigten zeitigt.

Dies Ergebnis steht aber in unlösbarem Widerspruch mit der Vertragskonstruktion; denn bei der Möglichkeit einer derartigen Geltendmachung der Wandelung lässt sich die Theorie, Wandelung könne einzig und allein durch Abschluss eines sie bezweckenden Vertrages erreicht werden, unmöglich verteidigen.

Um einer solchen für sie unleidigen Konsequenz zu entgehen, haben die einzelnen gegnerischen Autoren dieser Einrede mit grösster Spitzfindigkeit einen anderen rechtlichen Charakter aufzuprägen versucht.

So wollte Neumann, übrigens ein Gegner der Vertragstheorie, (a. a. O. I. Aufl. 1899 zu § 462 No. 7) dem beklagten Käufer nur ein Zurückbehaltungsrecht an dem Kaufpreis bis zum Zustandekommen des Wandelungsvertrags geben. Dies läuft aber, wie bereits Eccius (a. a O. pg. 322) zeigte, darauf hinaus, dass der Käufer verurteilt werde zur Zahlung des Kaufpreises gegen Abschluss eines Vertrags, welcher ihn zur Rückforderung seiner Leistung berechtigt! Das wäre doch eine höchst unnötige Umständlichkeit; ganz

abgesehen davon, dass, wie noch von niemand bestritten wurde, auf Grund des § 478 B. G.-B. Abweisung der Klage, nicht aber Verurteilung des Beklagten zu erfolgen hat. Während Ehrlich (a. a. O. pg. 58) diese Künstelei noch für richtig erklärt, ist Neumann selbst bereits von ihr abgekommen.

Flechtheim behauptet (a. a. O. pg. 86), ausgehend von dem Satz: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est) (l. 173 (133) § 3 D 50,17), die Wandelungseinrede sei in dem Chikaneverbot des § 226 B. G.-B. begründet. Denn es sei handgreifliche Chikane, etwas, und noch dazu in der intensivst-möglichen Form der Klage zu verlangen, was man sofort wieder zurückgeben muss. Dies sei sogar der Fall, wenn der Verkäufer bona fide ist; denn die Fassung „nur den Zweck haben kann“, schliesse „ein psychologisches Eingehen auf die jeweilige konkrete Absicht“ aus, nur die typische Zweckbestimmung einer derartigen Handlungsweise sei massgebend. — Diese Argumentation wäre wohl richtig, wenn das Gesetz statt „Zweck“ den Ausdruck „Erfolg“ oder „Wirkung“ gebraucht hätte; der Begriff „Zweck“ sagt nämlich, dass der Wille bewusst auf den objektiven Erfolg gerichtet ist. Sehr beachtenswert sind die gegen Flechtheim gerichteten Ausführungen Nissens (a. a. O. pg. 365). Er weist darauf hin, dass die Klageerhebung auf Zahlung des Kaufpreises selbst nach der objektiven Chikane-Theorie Flechtheims nie dolus sein kann, sobald das Wandelungsrecht verjährt ist; denn macht der Käufer nicht in der mündlichen Verhandlung seine Rechte aus § 478 B. G.-B. geltend, so ist das ihn verurteilende Erkenntnis unausbleiblich, und der Verkäufer kann nicht mehr zur Herausgabe des durch Zwangsvollstreckung erlangten Kaufgelds angehalten werden. Ausserdem gewährt § 478 B. G.-B. nur eine Einrede, während § 226 B. G.-B. eine rechtsverneinende

Einwendung bedeutet, — ein Unterschied, der z. B. bei Säumnis des beklagten Käufers von grosser praktischer Bedeutung werden kann. Macht nämlich der Kläger in seinem Vortrag auf eine rechtsverneinende Tatsache (z. B. § 478 B. G.-B.) aufmerksam, so hat der Richter die Klage nach § 331 II C.-P.-O. als unbegründet abzuweisen; die Einrede (z. B. § 478 B. G.-B.) wird dagegen nur berücksichtigt, wenn der Beklagte durch persönliches Vorbringen beweist, dass er von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen will.

Somit ist auch dieser letzte Versuch Flechtheims, den Konsequenzen des § 478 B. G.-B. zu entgehen, als gescheitert zu betrachten.

Sonderbar klingt es beim dargelegten Stand der Dinge, dass die Vertragstheorie diesen Paragraphen auch noch zur Bekämpfung unserer Konstruktion benützte. Und doch geschah dies auf Grund folgender Deduktion:

Nicht die Mängel der Kaufsache an sich gäben das Recht, die Zahlung des Preises zu verweigern, sondern dies sei erst zulässig auf Grund der Wandlung, m. a. W., wenn der Wandlungsvertrag vor jeder Vollzugsleistung abgeschlossen sei. Die Voraussetzungen der exceptio redhibitoria müssen aber identisch sein mit denen der actio redhibitoria; also: entspringt der Anspruch auf Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises dem Wandelungsvertrag.

An sich wäre diese Deduktion zweifellos richtig; aber das Fundament ist völlig haltlos, weshalb auch alle darauf gestützten Schlussfolgerungen als unbegründet in sich zusammenfallen müssen. Ist doch im Gesetz eigens hervorgehoben, dass die Einrede nicht auf einen Wandelungsvertrag basiert ist, indem dieser als Analogon erwähnt wird.

So ist die Wandelungseinrede absolut nicht imstande, ein Argument für die Richtigkeit der Vertragstheorie zu bieten; sie zeugt im Gegenteil für die Berechtigung unserer Konstruktion!

§ 7.

Die Widerlegung der Vertragstheorie durch § 480 B. G.-B.

Die Bedenken wider die Vertragstheorie werden verstärkt durch einen Blick auf die Widersprüche, in welche sie den § 465 B. G.-B. mit anderen Bestimmungen treten lässt. Da jeder bisher erschienene Wandelungsaufsatz mit peinlicher Genauigkeit dieselben aufführt, genüge es, unter Verweisung auf die Literatur bezüglich der Uebrigen, hier nur einen besonders wichtigen Punkt herauszugreifen.

Es ist dies die unlösbare Diskrepanz der Vorschriften des § 480 B. G.-B., welche sich bei konsequentem Festhalten an der Vertragstheorie ergibt. § 480 B. G.-B. lautet:

„Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann . . . verlangen, dass ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464—466 . . . B. G.-B. entsprechende Anwendung.“

Erblickt man nun in dem mitzitierten § 465 B. G.-B., wie es die Vertragstheorie verlangt, den Zwang zum Vertragsschluss, dann besagen (cf. Staub, ad § 377 H.-G.-B. Anm. 46 pg. 1360) die obigen Vorschriften im zweiten Satz: Das im ersten Satz dem Käufer klar und unzweifelhaft zugesprochene Recht (auf Realleistung) steht ihm keineswegs zu; er hat nur einen Anspruch darauf, dass sich der Verkäufer zur Nachlieferung vertragsmässig verpflichte! Dieser

Widerspruch liesse sich nur beheben, wenn die Einwilligungserklärung zur Nachlieferung und die Sachbeschaffung selbst identisch wären. Der Nachweis einer solchen Identität dürfte aber selbst dem gewandtesten Wortverdrehungskünstler schwerlich gelingen!

Der § 480 B. G.-B. bietet aber noch weiteren Anlass zu Bedenken gegen die Vertragstheorie!

Da die Zitierung des § 465 B. G.-B., wie oben erwähnt, die Pflicht zum Vertragsschluss konstituiert, muss bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung der für gegenseitige Verträge im allgemeinen geltende § 323 B. G.-B. Anwendung finden. Danach verliert der Käufer, wenn die von ihm zu restituierende mangelhafte Kaufsache durch casus untergegangen, seine Leistung also unmöglich geworden ist, den Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. in concreto: auf die Nachlieferung. Durch weitere Anführung des § 467 B. G.-B. ist aber auch der vom Rücktritt handelnde § 350 B. G.-B. für entsprechend anwendbar erklärt. Demzufolge aber ist der Anspruch auf Nachlieferung n i c h t ausgeschlossen, wenn „der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist“.

Das ist nun das gerade Gegenteil des oben gewonnenen Resultats; wir stehen also bei Auffassung des § 465 B. G.-B. im Sinn der Vertragstheorie wiederum vor einer unvermeidbaren contradictio in adiecto!

III. Kapitel.

Zurückweisung der gegen die Restitutionstheorie vorgebrachten Einwände.

§ 8.

Verneinung des Definitionscharakters des § 465 B. G.-B., insbesondere auf Grund seiner Entstehungsgeschichte.

Vor allem setzen die Angriffe der Vertragstheorie mit der Bekämpfung der von uns gegebenen Interpretation des Wortes „Rückgängigmachung“ in § 462 B. G.-B. ein. Können, wie bereits (pg. 5) gezeigt, ihre Freunde das Bestehen der Möglichkeit einer Auslegung in unserem Sinn ganz allgemein nicht leugnen, so verneinen sie doch entschieden deren Zulässigkeit für diese Stelle, wenngleich sie, wie wir gesehen, gerade hier besonders naheliegend und angebracht ist. Es geht dies nach ihrer Behauptung aus § 465 B. G.-B. hervor, welcher sagt:

„Die Wandelung . . . ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.“

Dieser Paragraph enthält nach der Vertragsthorie die wahre Definition des Wandelungsanspruchs. Der in § 462 B. G.-B. „angedeutete“ Gewährleistungsanspruch geht demnach über in den auf „Vollziehung der Wandelung“ nach § 465 B. G.-B., d. h. Aufhebung des Kaufvertrags durch übereinstimmenden Willen der Kontrahenten. Dies ist erreicht mit der auf Verlangen erfolgten Erklärung des Einverständnisses; etwas anderes könne der Käufer, da in § 465 B. G.-B. sonst nichts erwähnt sei, auch nicht verlangen. Aus diesem Wandelungsvertrag als Fundament erhebt sich dann

der weitere Anspruch auf tatsächliche Rückgewähr. Denn mit dem Vertragsschluss fällt die rechtliche Grundlage der Innehabung des Kaufpreises für den Verkäufer, sowie des Besitzes der Sache für den Käufer weg, mittels condictio sine causa kann darum auf Schaffung des der wirklichen Berechtigung entsprechenden Zustands hingewirkt werden.

Unterziehen wir diese Lehre der Vertragstheorie einer kritischen Würdigung!

Es ist nämlich die Annahme, in § 465 B. G.-B. müsse man eine Definition erblicken, entschieden zurückzuweisen. Welchen logisch berechtigenden Grund hätte der Gesetzgeber gehabt, der in § 462 B. G.-B. (cf. pg. 5) gegebenen Definition später eine zweite folgen zu lassen, welche zudem eine Veränderung des Inhalts der ersten bieten soll?

Dass § 465 B. G.-B. den näheren Inhalt des in § 462 B. G.-B. ganz allgemein bezeichneten Rechtes auf Wandelung biete, findet Stratmann (a. a. O. pg. 26) „unwiderleglich dadurch erwiesen", dass — unter Ignorierung der für unsere Frage belanglosen §§ 463/64 B. G.-B. — auf § 462 unmittelbar § 465 und nicht § 467 folgt. (!) Dieses Moment dürfte denn doch ein viel zu äusserliches sein, um eine — übrigens nicht schwer zu erbringende — Widerlegung beanspruchen zu können.

Wie bereits Eccius (a. a. O. pg. 324) andeutet, kann man schon aus der Fassung des Gesetzes den Schluss ziehen, dass im § 465 B. G.-B. nicht „definiert" werden sollte. Wenn statt „ist" vollzogen der Ausdruck „wird" (dadurch vollzogen, dass) gebraucht wäre, dann läge die Sache anders. Dann wäre nämlich der Abschluss des von der Kommission in § 465 B. G.-B. zunächst gemeinten Vertrages schlechthin zur Pflicht gemacht, der Vertrag als integrierender

Bestandteil des Wandlungsvollzugs festgelegt. Wir hätten es in diesem Fall somit nicht mit einer blossen wissenschaftlichen Konstruktion, sondern mit einer gesetzgeberischen Gestaltung zu tun, wenngleich praktische Erwägungen den Gesetzgeber hätten abhalten sollen, die Pflicht zur Rückgewähr, die schon aus dem Kauf folgte, noch zum Inhalt eines Vertrages zu machen und den Verkäufer zum Abschluss dieses Vertrages zu verpflichten.

Irgend einer derartigen Vorschrift hätte es aber sicher bedurft, um einen solchen Zwang zu konstituieren. Am besten wäre hiefür nach Haymann (a. a. O. pg. 539) wohl folgende Fassung gewesen:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den §§ 459/60 zu vertreten hat, kann der Käufer vertragsweise Aufhebung des Kaufs (Wandelung) . . . . verlangen. Das Wahlrecht des Käufers wird erst durch den Vertragsschluss ausgeschlossen.“

Auch die weitere Annahme, dass die Kontrahenten bei dem Vertrag über die Wandlung gar nicht die Folgen derselben herbeiführen, sondern nur die causa der erfolgten Leistungen beseitigen wollen, so dass condictio sine causa vorliegt, ist wohl unhaltbar. Es hiesse doch jedes Zweckbewusstsein des menschlichen des Geistes leugnen, wollte man behaupten, es gehe jemand ein Rechtsgeschäft ein, sein Wille sei aber nicht zugleich auf die daraus sich ergebenden Rechtsfolgen gerichtet. Ja, Mensing (a. a. O. pg. 16) will gerade hierin den inneren Unterschied zwischen der Klage nach erfolgtem Rücktritt, die sichauf finita causa gründet, und der Wandelungsklage, die erst Rückgängigmachung bezweckt, finden.

Unsere Ausführungen über Inhalt und Zweck des § 465 B. G.-B. werden bestätigt durch einen Blick auf die Entwickelungsgeschichte der §§ 462, 465 B. G.-B.

Dem jetzigen § 462 entsprach im ersten Entwurf § 383, welcher lautete:

„Ist die Haftung des Veräusserers nach §§ 381/82 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen, entweder, dass der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung) oder . . . . werde.“

Unter Berufung auf § 208 und 209,1 bestimmte dann der erste Entwurf weiter, dass die „Wahl zwischen dem Recht auf Wandelung und dem Recht auf Minderung vollzogen“ und unwiderruflich sei, wenn sie von dem wahlberechtigten Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt sei.

Eine dem jetzigen § 645 entsprechende Bestimmung fehlte überhaupt.

Diese Normierung lautete noch ganz anders als die B. G.-B. in seiner jetzigen Gestalt; doch ist auch hier von Vollziehung der Wahl statt der Wandelung die Rede. Keinesfalls ist aber hier die Wandelung im Sinn der Vertragstheorie ausgestaltet. Ganz deutlich tritt deren Ablehnung in den Motiven (Bd. II pg. 230) hervor:

„In Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht ist vor allem ausgesprochen, dass die an die Wandelung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien unmittelbar und nicht erst durch ein sich anschliessendes Rechtsgeschäft oder Urteil hervorgerufen werden.“

Die Protokolle (pg. 709 ff.) belehren uns über das Schicksal der Bestimmungen in den Beratungen der zweiten Kommission.

Einverständnis ergab sich darüber, dass es unzweckmässig sei, den Käufer an die einmal von ihm gewählte Wandelung zu binden. Bis der Verkäufer sich mit der gewählten Wandelung . . . einverstanden er-

klärt habe oder rechtskräftig dazu verurteilt sei, müsse der Käufer auch noch Minderung (und umgekehrt) verlangen können. Darum wurde beantragt, den § 384 durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

„Das Recht des Käufers, statt der verlangten Wandelung der Minderung . . . zu verlangen, oder statt der verlangten Wandelung oder Minderung bei dem Vertrag stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, dass der Verkäufer sich mit der Wandelung . . . einverstanden erklärt hat.“ (Prot. 709, 699, 685, 673.)

Und da man der Ansicht war, „es sei notwendig, im Gesetz deutlich auszusprechen, wann die Wandelung . . . vollzogen sei“, erhielt unter Zurückziehung obigen Antrags die Bestimmung in der Kommission (Prot. 708—710) folgende Fassung:

„Die Wandelung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des Letzeren, dass der Kauf rückgängig gemacht . . . . werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandelung rechtskräftig verurteilt ist.“

Durch Annahme eines Unterantrages sollte der Paragraph folgenden Zusatz erhalten:

„Bis dahin ist der Käufer an eine von ihm erklärte Wahl zwischen Wandelung und Minderung . . . . nicht gebunden.“

Der neue Absatz fiel freilich in der Redaktionskommission weg, ohne dass ein Grund angegeben wäre (nach Planck [zu § 465 Note 1]: mit Rücksicht auf § 466); eine sachliche Aenderung wurde damit gewiss nicht beabsichtigt.

Ebenso wurde der letzte Halbsatz des ersten Absatzes in der Schlussfassung der Redaktionskommission durch die Wendung ersetzt: „oder dazu (d. h. zur Einverständniserklärung) rechtskräftig verurteilt ist“.

In der Bundesratsvorlage wurde dieser Absatz aber „als nach § 779 (a. F.) selbstverständlich“ gestrichen, und die derartig abgeänderte Bestimmung nicht mehr wie früher als blosser Zusatz, sondern als eigener Paragraph dem Gesetz eingefügt.

Aus dem Entstehungsbericht des § 465 B. G.-B. lässt sich also klar erkennen, dass, wie auch das in den Protokollen beigefügte Marginale „Zeitpunkt der Bindung an die Wahl“ andeutet, Zweck dieses Paragraphen Schaffung eines Definitivums war, d. h. Fixierung des Zeitpunktes, bis zu welchem der Käufer seine Wahl beliebig ändern kann. Lesen sich doch die Ausführungen der Motive geradezu wie eine Polemik gegen die Vertragstheorie, und lässt sich ferner aus den Kommissionsberatungen kein Zwang zu ihrer Anerkennung entnehmen.

§ 9.

Abweisung des Gegenarguments des § 467 B. G.-B.

Als weiteres Mittel zu Angriffen auf die Restitutionstheorie wurde § 467 B. G.-B. benützt. Kloss schreibt (a. a. O. pg. 288) hierüber:

„Es erfolgt der Rücktritt durch Abgabe der einseitigen, empfangsbedürftigen Erklärung des Rücktrittsberechtigten (§ 349 B. G.-B.). Gerade diese letzte Bestimmung ist nun nach § 467 von der analogen Anwendung auf die Wandelung ausgeschlossen. Daraus ergibt sich, dass diese keinesfalls durch die einseitige Erklärung des Käufers erfolgt; dann aber bleibt nur übrig, sie dann als erfolgt zu bezeichnen, wenn sie im Sinn von § 465 B. G.-B. vollzogen ist.“

Davon ist aber nur die Folgerung begründet, dass die Rückgängigmachung des Kaufs nicht schon durch einseitige Erklärung des Käufers erfolge. Der Gesetz-

geber wollte ja das moderne Wandelungsrecht als Anspruch konstruieren (cf. pg. 3). Dabei verkannte er aber, dass schon die römische actio redhibitoria ein reiner Anspruch war; es entspricht daher der ratio legis ebensogut auch die Interpretation, dass das Gesetz hier nicht die Form, sondern die materielle Seite der Wandelung regelt. Es werden m. a. W. hier nur Voraussetzung, Inhalt und Modifizierung (durch Verzug u. s. w.) der Rechte des Käufers, der zu wandeln erst im Begriffe steht, festgelegt; heisst es doch in § 467 „auf die Wandelung“, nicht aber „auf den Vollzug“ oder „die vollzogene Wandelung“.

Wenn ich ihn recht verstehe, ist dieser Ansicht auch Cosack, wenn er hiezu (a. a. O. § 127 I 1a) ausführt:

„Vermöge des Wandelungsanspruchs kann der Käufer verlangen, so behandelt zu werden, als sei er vom Kauf rechtmässig zurückgetreten“ u. s. w.

Selbstverständlich ist hiemit aber nicht die Auslegung ausgeschlossen: „auf die vollzogene Wandlung“. Und zwar greift diese immer Platz, wenn, wie im konkreten Fall ja sehr wohl möglich, eine gütliche Parteieinigung nach § 465 ohne Prozessführung zustande gekommen ist.

§ 10.

Die Kompensabilität des Wandelungs(geld)-Anspruches nach §§ 479, 639 I B. G.-B.

Dass die Vertragstheorie im Gesetz zwingenden Ausdruck gefunden habe, wird ferner aus § 479 zu deduzieren gesucht.

Es kann nämlich bei konsequenter Durchführung der Vertragstheorie mit dem Recht auf Wandelung nicht gegen eine dem Verkäufer wider den Käufer zustehende Geldforderung aufgerechnet werden. Denn dieser Gewährleistungsanspruch soll ja einzig und allein

auf Abschluss des Aufhebungsvertrags gerichtet sein, hat also keinen unmittelbaren Geldwert; es steht der Kompensation somit das Hindernis der Ungleichartigkeit entgegen.

Nun übergeht § 479, welcher von der Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch handelt, den Wandlungsanspruch mit Stillschweigen; also, argumentiert Flechtheim (D. J. Z. 1902 pg. 319), ist im Gesetzestext die Vertragstheorie akzeptiert. Demgegenüber weist Thiele (a. a. O. pg. 428) zunächst auf die Merkwürdigkeit hin, dass ein Paragraph, der mit keiner Silbe von der Wandelung spricht, deren rechtliche Natur uns unverkennbar zeigen soll. Dann zeigt er an der Hand der Protokolle (Bd. I pg. 674), dass ursprünglich für Wandelung, Minderung und Schadensersatzforderung gemeinsam die Aufrechenbarkeit festgesetzt war; dies hätte aber für den Anspruch auf Schadensersatz eine Kompensation mit verjährter Forderung bedeutet, weshalb die Bestimmung des jetzigen § 479 hinzukam. Nun gingen aber § 478 und § 479 gemeinsam von der Grundlage aus, der Kaufpreis sei noch nicht entrichtet, sagt doch die Denkschrift (Guttentag, pg. 64): „Was den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz antrifft, so würde an sich der Käufer auch nach der Verjährung berechtigt sein, diesen Anspruch gegen die Forderung des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises aufzurechnen.“ Bei einer solchen Sachlage war natürlich an eine Aufrechnung mit dem Wandlungsanspruch nicht zu denken; steht dem Käufer doch vor bewirkter Zahlung keine geldwerte Forderung (etwa auf Rückgewähr) zu.

So kann man sich auf ganz natürliche Weise die spätere Weglassung der Wandelung in § 479 B. G.-B. erklären, ohne sich zur Anerkennung der Vertragstheorie gezwungen zu sehen.

Zu demselben Resultat gelangt man aber auch bei einem Blick in das fertige Gesetz, nämlich bei näherer Betrachtung der Wandlung beim Werkvertrag. Die Legaldefinition in § 634 ist identisch mit der in § 462 B. G.-B. Nun lautet § 634 IV:

„Auf die Wandelung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467 . . . entsprechende Anwendung.“

Trotz dieser Zitierung des § 465 gestattet aber § 639 I für alle Gewährleistungsansprüche, also auch für die Wandelung, die Anwendung des § 479; d. h. im Gesetz wird sehr wohl die Kompensabilität der Wandelung anerkannt. Mit logischer Notwendigkeit muss aber dasselbe von der wesensgleichen Wandelung des Kaufs gelten!

IV. Capitel.

Missliche Konsequenzen der Vertragstheorie.

§ 11.

Erfordernis doppelter Prozessführung.

Da sich das für die Wandelung einschlägige Gebiet des materiellen Rechts, das Recht der Schuldverhältnisse, grösstenteils als ius dispositivum darstellt, hat sich dieses Kapitel zumeist mit dem formalen, darum mit zwingender Kraft ausgestatteten Prozessrecht zu beschäftigen. Denn Schwierigkeiten, die sich hierin einstellen, können nicht durch Parteivereinbarung behoben werden; sie sind also am geeignetsten, die Vertragstheorie, deren theoretische Rechtfertigung, wie gezeigt, bisher noch nicht gelungen ist, nun auch noch als praktisch unannehmbar zu diskreditieren.

So bildet denn den ersten und wichtigsten Punkt die Frage:

Welche Schwierigkeiten ergeben sich vom Standpunkt der Vertragstheorie für den Fall, dass der zur Wandelung aufgeforderte Verkäufer es auf die richterliche Entscheidung ankommen lässt, anstatt dem Verlangen des Käufers freiwillig Folge zu leisten?

Entsprechend ihrer Lehre, dass die Einwilligungserklärung nach § 465 B. G.-B. die einzige Form des Wandelungsvollzugs sei, können die Anhänger jener Theorie hierauf nur antworten:

Der Käufer kann zunächst nur Klage erheben darauf, dass der Verkäufer sich „auf sein Verlangen mit der Wandelung einverstanden erklärt. Erst wenn nach § 894 C.-P.-O. durch rechtskräftiges Urteil diese Willenserklärung ersetzt ist, kann er in einem weiteren Prozess das eigentliche Ziel, die Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises erstreben.

In Verlegenheit sieht sich z. B. Kulenbeck (a. a. O. pg. 258) vor diesem Resultat stehen und hadert mit dem Gesetz, das nach „Vollziehung“ der Wandelung im Sinn des § 565 B. G.-B. zur wirklichen „Vollziehung“ derselben im Sinn des gesunden Menschenverstandes einen ganz neuen Prozess anzustellen zwinge und so den Vorwurf einer pedantisch schleppenden Rechtspflege begründe.

Doch schreckt Kuhlenbeck und mit ihm die Uebrigen vor der praktischen Anerkennung dieser Konsequenz zurück. Er hofft, die Praxis werde schon Pfade finden, auf welchen sich die Umwege abschneiden lassen, welche das B. G.-B. hier gebahnt habe. Man brauche ja nur die Klage auf „Vollziehung der Wandelung“ und die auf Rückgewähr des Geleisteten zu verbinden, dann sei die moderne Wandelungsklage inhaltlich identisch mit der alten actio redhibitoria. Eine derartige prozessuale Verbindung der von ihr geschiedenen Ansprüche „auf“ und „aus“ der Wande-

lung betrachtete auch die zweite Kommission als „selbstverständlich“.

Von denjenigen, welche die hier bekämpfte Konstruktion zu der ihrigen gemacht haben, gesteht nur Naefe (a. a. O. pg. 11) zu, dass eine derartige Verbindung der beiden Klaganträge als ausgeschlossen erscheinen dürfte. Alle übrigen treten für Verbindung ein, sei es, dass sie mit der zweiten Kommission es für unnötig erachten, den Beweis ihrer Behauptung anzutreten (so Goldmann-Lilienthal pg. 154, Leske pg. 199), Oertmann pg. 186, Planck II pg. 253), sei es, dass sie mit mehr oder weniger Geschick eine Rechtfertigung versuchen.

Um nun zur Erkenntnis zu gelangen, dass eine derartige Verbindung niemals zulässig ist, erscheint es als das Zweckmässigste, die erwähnten Verteidigungsgründe auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen.

Kipp (a. a. O. pg. 657; Kieler Festgabe für Ihering pg. 61/62) nimmt zum Ausgangspunkt seiner Ausführungen einige Einzelbestimmungen des römischen Rechts. Es genüge auf eines der von ihm angeführten Beispiele hinzuweisen. Dasselbe lautet: „Wenn der Universalfideikommissar den Anspruch auf Restitutionserklärung und Herausgabe der Erbschaft gegen den Fiduziar geltend machen wollte, so bedurfte es, wie überhaupt zur Begründung eines Vermächtnisanspruchs, der Antretung der Erbschaft seitens des Fiduziars. Diese hatte also zunächst zu erfolgen, und geschah sie nicht freiwillig, so musste die diesbezügliche Willenserklärung erst im Weg der Klage erzwungen werden. Man trug aber kein Bedenken, diese Klage mit der auf Restitution, die ja aus der ersten erst resultierte, zu verbinden.“

Daraus, sowie aus zwei weiteren, dem Grundgedanken nach verwandten Beispielen folgert Kipp,

es sei stets zulässig, mit der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung zugleich die aus ihr zu erlangenden Ansprüche geltend zu machen; ergo: ist auch hier die Verbindung der Klagen gerechtfertigt.

Dass eine derartig sporadische Kasuistik nicht einmal für das römische Recht die genügende Basis für seinen Fundamentalsatz bieten konnte, ist klar; im Gegenteil, die gebotenen Beispiele erweisen sich als Ausnahmen des gegenteiligen Prinzips. Zudem können Sätze des derogierten Römerrechts für unser jetziges positives Recht keine bindende Geltung beanspruchen.

Neumann (a. a. O. zu § 462) weist auf die Verbindung der Klagen aus dem pactum de contrahendo und dem beabsichtigten Hauptvertrag hin. Mit Recht bemerkt dem gegenüber Eccius und später Matthiass (D. J. Z. 1902 pg. 205 ff); dadurch, dass die Praxis in diesem Fall eine Verbindung zuliess, sei die Berechtigung hiezu noch keineswegs erwiesen. Die Leistungsklage aus dem Vorvertrag ist eben nur dann zulässig, wenn die den wesentlichen Inhalt des Hauptvertrags bildenden Willenserklärungen für beide Teile, — wenigstens bedingt, — bindend abgegeben sind. Dieses wesentliche Erfordernis ist aber hier nicht gegeben. Denn, wie (pg. 8) gezeigt, ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 465 B. G.-B. der Käufer selbst nach der Klageerhebung noch nicht an die Wahl gebunden; er kann immer noch zur Minderung greifen, ja wenn die besonderen Bedingungen der §§ 463, 480 B. G.-B. vorliegen, Schadensersatz verlangen oder auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache bestehen.

Auch das Prozessrecht lässt eine solche Klagänderung zu, denn der bei Klagestellung gerügte Sachmangel bildet auch die Grundlage des neuen Anspruchs. Somit ist die Verteidigung nicht erschwert, die Anwendbarkeit des § 264 C.-P.-O. also gesichert.

[Ebenso: Stratmann (a. a. O. pg. 23) contra Meisner (a. a. O. pg. 59.)]

Ein derartiger Entschlusswechsel wird sich öfters auch infolge besonderer Umstände als sehr vorteilhaft erweisen. So wird der Käufer stets zur Minderung übergehen, wenn der Verkäufer in Konkurs gerät, und infolge starker Ueberschuldung oder bei Konkurrenz hoher absonderungsberechtigter Forderungen der Wandlungsanspruch als einfache Konkursforderung gar nicht, oder nur zu einem niedrigen Prozentsatz befriedigt würde. — Ja, völlig geboten erscheint ein Anspruchswechsel, wenn die dem Käufer bereits übereignete Kaufsache durch einen von ihm zu vertretenden Umstand verschlechtert wurde; wäre doch in diesem Fall durch den in § 467 B. G.-B. für anwendbar erklärten § 351 B. G.-B. die Wandlung ausgeschlossen.

Ein Vergleich mit der Klagenverbindung aus Vor- und Hauptvertrag ist dennoch unangebracht. Denn die dort nötige suspensiv bedingte Gebundenheit ist hier keineswegs gegeben. Im Gegenteil hat man es hier, da der Anspruch auf Einwilligungserklärung nach materiellem und nach Prozessrecht sehr wohl in einen der übrigen genannten Ansprüche übergehen kann, bei der in Verbindung damit erhobenen Rückgewährklage mit einer resolutiv bedingten Klageerhebung zu tun. Bedingte Klagerhebung ist aber nach dem System der C.-P.-O. und der allgemeinen Praxis unzulässig; ein durch Zulassung der Klagenverbindung anders entscheidendes Gericht würde also gegen einen der allgemeinen Prozessgrundsätze verstossen.

Während, wie gezeigt, Kipp und Neumann als angebliche Rechtfertigungsgründe einer Klagenverbindung Vorschriften und Gewohnheiten des römischen Rechts heranziehen, suchen andere deren Zulässigkeit aus allgemeinen Pinzipien oder Spezialbestimmungen des geltenden Prozessrechts zu erweisen.

So erklärt mit überraschender Zuversichtlichkeit Kohler (Archiv für civ. Praxis Bd. 80, pg. 88): Es ist „völlig gestattet, den Beklagten zu verurteilen, das zu zahlen, was er auf Grund des so geschlossenen Vertrages schuldig wird." Das Gegenteil „sei formalistisch" und stütze sich auf keinen vernünftigen Grund; Prozesssysteme, welche ganz unnützer Weise aus einem Prozess zwei machen, seien zu verwerfen u. s. w.

Aber so berechtigt diese Worte de lege ferenda auch sind, und so wünschenswert für die Vertragstheorie eine gesetzliche derartige Bestimmung, sind sie nach dem positiven Recht doch nur unerfüllte Postulate geblieben, welche die Sachlage nicht zu ändern vermögen.

Kuhlenbeck gründet seine bereits oben (pg. 25) wiedergegebene Ansicht auf § 259 C.-P.-P., und wird hierin warm von Thiele (a. a. O. pg. 411) verteidigt. § 259 C.-P.-O. gestattet Klagen auf künftige Leistung, „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde." Diese Voraussetzung ist nach Kuhlenbeck und Thiele immer gegeben, wenn der Verkäufer nicht in die verlangte Wandlung einwilligt. Gestützt wird diese Ansicht auf die Motive zu § 231 c (a. F. = 259 n. F.), welche die Besorgnis als gerechtfertigt betrachten, wenn der Schuldner seine Verpflichtung schon vor der Fälligkeit bestreitet. (Motive, Guttentag'sche Ausgabe pg. 146). Die Aufstellung einer so allgemeinen Regel ist jedoch unstatthaft, was auch Meisner (a. a. O. pg. 46) zugesteht, wenngleich er auf Grund einer anderen, nämlich der später zu erörternden Flechtheim'schen, Deduktion für eine Verbindung der Klagen eintritt.

Doch stehen dieser Thesis Kuhlenbecks noch manche gewichtige Bedenken entgegen. Haymann z. B. bezweifelt sogar, dass § 259 C.-P.-O. auch für

bedingte Forderungen, wie hier eine vorliege, Geltung habe, und führt hierüber aus: Merkwürdig sei, dass die Begründung der Zivilprozessnovelle nur von Verurteilung vor Eintritt der „Fälligkeit“ spreche, dass ferner der offenbar von den Fällen der §§ 257—259 C.-P.-O. handelnde § 291 B. G.-B. (Betreff: Prozesszinsen) nur die Rechtshängigkeit einer erst später „fällig“ werdenden Schuld erwähne, über die hiemit keineswegs identische bedingte Schuld aber sich völlig ausschweige. Um so zweifelhafter müsse sein, ob auf Grund des § 259 C.-P.-O. ein Anspruch eingeklagt werden könne, der noch nicht einmal bedingte Existenz gewonnen habe. Denn der Anspruch des Käufers auf Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises entspringe ja nach der Vertragstheorie einzig und allein dem noch gar nicht zustande gekommenen Wandlungsvertrag. „Mit Erzielung dieses Einverständnisses“, sage ja auch Schollmeyer, „ist der Kaufvertrag aufgehoben, ausserdem ein neues Schuldverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer hergestellt, gerichtet auf Rückleistung Zug um Zug.“

Diese Einwände Haymann's sind jedoch nicht stichhaltig, denn der Verkäufer ist ja zum Abschluss des ihn verpflichtenden Vertrages, also zur Setzung der „Bedingung“ seiner Schuld, verpflichtet. Die Behauptung: „solange der Verkäufer sich weigert, und nicht schon durch rechtskräftiges Urteil über seine Weigerung entschieden ist, steht seine Verpflichtung gänzlich dahin“, führt zu der wunderlichen Konsequenz, dass jede objektiv feststehende Verpflichtung oder Berechtigung, um mit Haymann's Worten zu sprechen, weder „eine bedingte, noch eine betagte, sondern gar keine“ ist, sobald das rein subjektive Moment der Bestreitung hinzutritt. Auch der weitere Einwand: „der Abschluss des Wandelungsvertrags sei die Voraussetzung, welche die Rechtsordnung für den

Eintritt der genannten Verpflichtungen (Rückzahlung — Rückgabe) aufstellt, also keine Bedingung, sondern juristische Tatsache", ist wohl hinfällig; denn der Anspruch des objektiv wandelungsberechtigten Käufers ist ja materiell nur ein bis zum Ersatz der Einwilligungserklärung (durch rechtskräftiges Urteil) betagter, und es liegt daher Klage auf „künftige" Leistung vor, wenngleich die rein formale Jurisprudenz das Urteil auch als die Bedingung des Eintritts der Rechtspflicht betrachten kann. In Ansehung dieser wirtschaftlichen Bedeutung (richtiger: Bedeutungslosigkeit) der Einwilligungserklärung ist es somit gleichgiltig, ob man sie als „juristische Tatsache" oder als „Bedingung" betrachtet.

Es liegt also hier unzweifelhaft Klage auf „künftige" Leistung vor; zu prüfen ist aber, ob die Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 259 C.-P.-O., d. h. die Besorgnis der Entziehung von rechtzeitiger Leistung, gegeben ist. In einzelnen Fällen kann dieselbe sehr wohl begründet sein; dass dies aber jedesmal zutreffe, wenn der Verkäufer nicht sofort mit der verlangten Wandelung einverstanden ist, kann nicht zugegeben werden. Denn es mag zwar oft der Veräusserer im Vertrauen auf die Güte seiner Ware das Wandelungsbegehren für ungerechtfertigt befinden, durch den objektiven Richterspruch aber wird sich ein redlicher Mann belehren lassen und ohne eigens hierüber ergangene Verurteilung die geschuldete Leistung bewirken. Ohne weiteres die Verweigerung des Wandelungsvollzugs als gewollte Erschwerung oder Vereitelung der Erreichung der klägerischen Zwecke hinzustellen, wie Kloss (a. a. O. pg. 290) es tut, geht zu weit. Und wie will man endlich eine Verbindung der Klagen auf § 259 C.-P.-O. stützen, wenn der Käufer, anstatt rechtsgeschäftlich den Vollzug der Wandelung anzubahnen, sofort Klage auf Abgabe der Einwilligungserklärung

erhebt, wozu er zweifellos befugt ist? Von begründeter Besorgnis einer Leistungsentziehung kann dann doch keine Rede sein!

Zurückzuweisen ist auch der Vorschlag, den Kloss weiterhin macht: den Klagantrag dahin zu stellen, der Beklagte möge verurteilt werden:

„1. mit der Wandelung sich einverstanden zu erklären,

2. wenn so erkannt werde, demgemäss den Preis zurückzugewähren."

Wenn Kloss dies damit begründet, dass „die Rechtssprechung auch jetzt schon eventuelle Klaganträge in gewissem Umfang geduldet hat", so berechtigt dies doch noch nicht, den bisherigen, in Bezug auf seine Berechtigung überdies noch sehr „ungewissen" Umfang in prozessualisch unzulässiger Weise zu überschreiten. Es lässt nämlich die Praxis für den Fall des Nichtdurchdringens mit einem Antrag andere Eventualanträge zu; eine durch Zuerkennung eines anderen Anspruchs bedingte Klageerhebung aber kennt sie nicht.

Am wenigsten überzeugend dürften die Verteidigungsgründe Leistners (a. a. O. pg. 411 klingen. Er meint: Bedenke man, dass bei einem der Wandelungseinrede stattgebenden Urteil sich die Wandelung ipso iure vollzieht und die Ansprüche realisiert werden (was aber höchst bestritten ist!), und ziehe daraus die Konsequenzen, so „wird man unbedenklich mit der Klage auf Einverständniserklärung zugleich die Klage auf Realleistung verbinden können."

Behauptet nun Leistner von der als Analogie herangezogenen Wandelungseinrede, durch sie vollziehe sich die Wandelung, ohne dass es einer Einverständniserklärung seitens des Verkäufers bedürfe, so ergibt sich wohl als einzige „Konsequenz", dass dies auch für ein erfolgreiches Vorgehen im Klageweg gelte.

Dies Ergebnis wird aber von der Vertragstheorie, da es in sie Bresche legen würde (cf. pg. 29 ff.) aufs entschiedenste geleugnet. — Für das von Leistner behauptete, oben wiedergegebene Resultat ist dagegen keine Schlüssigkeit zu finden. Es macht diese Stelle, ja der ganze unsere Frage betreffende Passus der Arbeit den Eindruck grosser Flüchtigkeit; sonst liesse sich auch nicht erklären, wie der Verfasser derselben (pg. 40) behaupten kann: „Das B. G.-B. lässt es offen, welche der beiden Ansichten (Vertrags- oder Restitutions-Theorie) die richtige ist", und bereits pg. 43 von dem „in zwingender Weise erforderten Wahlvertrag" spricht.

Viel tiefgehender sind die Ausführungen Flechtheims, wohl des hartnäckigsten Verteidigers der Vertragstheorie, welcher mit geradezu sophistischer Logik die Verbindung der beiden Klagen befürwortet, in energischer Bekämpfung der Ecciusschen Lehren. Dieser hatte (a. a. O. pg. 320) deduziert:

„Es gibt keine Klage auf Leistungen, die unter der Bedingung angestellt wird, dass der Verkäufer einen Vertrag schliessen werde; und ebensowenig kann unter der Bedingung, dass der Verkäufer zu einem Vertragsschluss in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragsschluss zu beanspruchende Leistung geklagt werde. Ein Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines im Prozess erbetenen Urteils liegt, ist notwendig, so lange der Prozess dauert, actio nondum nata."

Dem hält nun Flechtheim (a. a. O. pg. 75 ff.) entgegen:

Nicht bedingte Erhebung des Anspruchs liege vor, sondern der Anspruch (sc. auf Erfüllung des Wandelungsvertrags) sei bedingt; der Wandelungsvertrag sei conditio iuris des Anspruchs auf Rückleistung.

Diese condicio iuris sei erfüllt durch rechtskräftige Verurteilung zur Einwilligung in die Wandelung. Die Nativität des Anspruchs auf Rückleistung liege nicht hinter der Rechtskraft des Urteils auf Abgabe der Willenserklärung, sondern in derselben, denn in diesem Moment werde der Richter judizierend gedacht. Er schaffe Rechtswirkungen in dem Wandelungsvertragsschluss und könne deshalb auch auf Grund dieser Rechtswirkungen weitere Verurteilung aussprechen; die zweite Verurteilung erfolge, um mit der ersten rechtskräftig zu werden.

Diese Deduktionen sind jedoch nicht stichhaltig. Denn mag auch unter dem eben geschilderten Gesichtspunkt nicht die Klageerhebung (auf Realleistung), sondern der Anspruch selbst bedingt sein, so ist die Bedingtheit, infolgedessen Unzulässigkeit solcher Klageerhebung wegen des stets zulässigen Entschlusswechsels bezüglich der ihr zu Grund liegenden Klage bereits (pg. 58) dargetan. Aehnlicher Ansicht ist Matthiass, wenn er die obigen Ausführungen kurzer Hand als petitio principii zurückweist, und darum sich auf gar keine sachliche Kritik einlässt, unter Hinweis auch darauf, dass das Gesetz vom Standpunkt der Flechtheim'schen Auffassung dem Käufer nur einen Anspruch auf Vertragsschluss und nicht zu gleicher Zeit auch den auf Rückleistung unter der conditio iuris des Vertragsschlusses gibt. Aus diesen beiden Gründen sei auch hier ohne nähere Wiedergabe nur erwähnt, dass Haymann in äusserst geistreicher Weise die für's erste bestehende Argumentation Flechtheim's mit Erfolg auch sachlich bekämpft.

In kühnem Gedankensprunge endlich gelangt Simeon zur Möglichkeit einer prozessualischen Verbindung: Der Richter bringe einerseits die zur Vollziehung der Wandelung erforderliche Willenseinigung zustande, indem er den Vertragswillen des Verkäufers

ergänze; andererseits trage er zugleich für die Erfüllung des so (wie denn?!) zustande gebrachten Wandelungsvertrags Sorge, indem er gleichzeitig über die von den Parteien erhobenen Ansprüche auf Grund der hiedurch geschaffenen Rechtslage entscheide, z. B. (!) den Verkäufer zur Rückzahlung des Preises gegen Wiederempfang der Kaufsache verurteile. Nur dieses Schlussergebnis der richterlichen Tätigkeit würde in der Urteilsformel zu erscheinen haben.

Der Hauptfehler liegt hier schon vor Beginn der Gedankenkette. Während die eigentliche Aufgabe der Nachweis bildete, dass eine Verbindung der Klagen logisch und rechtlich zulässig sei — dreht sich doch hierum der ganze Streit! —, wird dies von Simeon als selbstverständlich vorausgesetzt. — Ferner muss man sich klar sein: wenn Simeon auch verschweigt, dass die „Ergänzung des Vertragswillens“ durch rechtskräftiges Urteil zu erfolgen hat, so ist dessen Notwendigkeit und Unentbehrlichkeit noch keineswegs aus der Welt geschafft; es bleiben dieselben Schwierigkeiten bestehen; an eine Umgehung des § 894 C.-P.-O. ist eben nicht zu denken.

Die Verbindung der beiden Klagen würde vor allem eine ungerechte Benachteiligung des Verkäufers bedeuten; denn er würde mit der eventuellen Verteidigung gegen einen Anspruch belastet, welcher noch gar nicht existent ist.

Dann aber verkennen alle genannten Autoren den logischen Widerspruch, Rechte aus einem Vertragsschluss geltend zu machen, bevor der Vertrag geschlossen wurde. Setzt doch jede Klage ein bestehendes Rechtsverhältnis voraus, auf welches sie gegründet ist. Dies lehrte bereits Javolenus (l. 35 D. 5,1).

„Judicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse accipi.“ cf. § 2 J. 3,15; § 25 J. 3,19 u. s. w.

Diesen Fundamentalsatz hat, als von der Logik geboten, auch unser heutiges Prozessrecht nicht umgestossen; die eine Durchbrechung bildenden §§ 257 bis 259 C.-P.-O. erfordern eine stricta interpretatio, sie beziehen sich nur auf begründete Ansprüche, wenngleich diese betagt oder, wie wohl gegen Haymann anzunehmen ist, bedingt sein können.

Endlich weist bereits Eccius mit Recht darauf hin, dass durch Verbindung der beiden Klagen die Konstruktion der zweiten Kommission preisgegeben wird. Der durch rechtskräftiges Urteil erzwungene Vertragsschluss erscheint nur noch als ein formalistisches Einschiebsel, d. h. als eine nutzlose Künstelei.

Fassen wir nun das Ergebniss der Ausführungen dieses Paragraphen zusammen, so erhalten wir den Satz:

Zur Erreichung seines Zieles ist der wandelungsberechtigte Käufer bei Anwendung der Vertragstheorie gezwungen, zwei gesonderte Prozesse, womöglich durch drei Instanzen, durchzuführen. Die Vorschriften des B. G.-B., welche auf eine schleunige Erledigung des Wandelungsstreits hinwirken wollen, sind dadurch natürlich lahm gelegt.

§ 12.

Die Unmöglichkeit einer vorläufigen Vollstreckung.

Um in der Praxis nicht gänzlich den Forderungen der eigenen Theorie ungetreu zu werden, stellen sich viele Anhänger der Vertragskonstruktion vor eine neue „unpraktische“ Schwierigkeit. So vor allem will Flechtheim der materiellen, präjudiziellen Natur des von ihm geforderten Wandelungsvertrags gerecht werden, indem er dem Leistungsurteil, welches in der oben geschilderten Klagenverbindung erstritten wurde, die vorläufige Vollstreckbarkeit versagt. Geleitet wird er hiebei offenbar von der Erkenntnis, dass das Ge-

richt nicht befugt sein kann, eine derartige doppelte Verurteilung in demselben Verfahren auszusprechen, m. a. W. einen noch gar nicht entstandenen Anspruch zuzuerkennen. Er will so im Stadium der Vollstreckung die Realisierung von Ansprüchen vereiteln, die er im Widerspruch mit B. G.-B. und C.-P.-O. zuspricht, verstösst damit aber gegen § 708 ff. C.-P.-O., wonach, sei es von Amts wegen, sei es auf Antrag, allen Leistungsurteilen unter gewissen Voraussetzungen und Kautelen die vorläufige Vollstreckbarkeit zuerkannt werden muss.

Darum halten es Andere, z. B. Kipp, für möglich, in der oben angegebenen Weise zu verurteilen, und für das Urteil vorläufige Vollstreckbarkeit zu verfügen. Auch Eccius erachtet das Gericht für gezwungen, sein Urteil mit der Vollstreckbarkeit auszustatten, weil es sonst mit seiner eigenen Sentenz in Widerspruch treten würde. Denn sonst würde es zwar dem Kläger das in Anspruch genommene Recht zuerkennen, durch Verweigerung der Vollstreckungsklausel aber zugestehen, dass es zu einer derartigen Verfügung gar nicht berechtigt ist!

Auch diese Frage ist keineswegs als blosse theorethische Klügelei zu betrachten; kann doch die Verweigerung des Rechtes der vorläufigen Vollstreckung dem wandelnden Käufer empfindlichen Nachteil verursachen. Es braucht z. B. nur der Verkäufer in der Zeit zwischen Urteilsverkündung und Eintritt der Rechtskraft zahlungsunfähig zu werden.

§ 13.

Unmöglichkeit des Rückgewährverzugs.

Fundament des beiderseitigen Anspruchs auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen ist nach der Lehre der Gegner nur der formelle Wandelungsvertragsschluss nach § 465 (oder § 466). Folglich kann

auch der Verkäufer mit dieser Restitutionspflicht erst nach Abschluss des Aufhebungsvertrags in Verzug kommen, denn vorher war ja ein Anspruch auf Rückgewähr gar nicht vorhanden. Verweigert also der Käufer die Setzung dieses Rechtsgrundes, so verhindert er die Entstehung des Restitutionsanspruchs, und kann demnach bis zum Ersatz der Einwilligungserklärung durch rechtskräftiges Urteil die Rückzahlung des Kaufpreises anstehen lassen, ohne in Verzug zu geraten. Dies ist von nicht geringer Bedeutung; gilt doch infolge dessen für die Haftung des Schuldners die allgemeine Regel des § 276 I B. G.-B., während er sonst nach § 287,2 B. G.-B. auch für casus aufzukommen hätte.

In dieser Frage muss auch von der Gegenpartei das Begründetsein unserer Bedenken zugegeben werden. Doch misst z. B. Stratmann (a. a. O. pg. 34) denselben nur geringe Bedeutung bei, da ja „der spätere Eintritt des Verzugs hinsichtlich der Geldschuld —, um welche es sich zumeist handle —, nur geringen Einfluss habe.“ Diese Entschuldigung erscheint jedoch schon auf den ersten Blick als blosse Verlegenheitsausrede.

Allerdings erwächst aus dem Fehlen des Verzugs eventuell auch für den Käufer ein Nachteil. Das Gesetz bietet ihm nämlich, da noch keine Leistungsverbindlichkeiten entstanden sind, keine Handhabe, sich der etwa erhaltenen Kaufsache zu entledigen; denn die Hinterlegung ist erst nach Eintritt des (hier ausgeschlossenen) Annahmeverzugs seitens des Gläubigers gestattet (§§ 372, 383 I B. G.-B.).

Mussten wir demnach die Unmöglichkeit eines Verzugs mit der Realleistung konstatieren, so ist andererseits die von einigen vertretene Ansicht unrichtig, der Verkäufer könne auch nicht mit der Ver-

pflichtung zur Einverständniserklärung in Verzug geraten. So deduziert z. B. Thiele (a a. O. pg. 408):

Erfordernis des Verzugs ist nach § 284/I 1 B. G.-B. Mahnung des Gläubigers nach Eintritt der Fälligkeit. Letztere tritt aber ein in dem Moment, für welchen § 146 ff. B. G.-B. die Annahme fordert. Erklärt sie aber der Verkäufer zu dieser Zeit nicht, so erlischt der Antrag (§ 146 B. G.-B.), eine Annahme, d. h. die Leistung wird unmöglich.

So weit ist die Argumentation richtig. Nun aber fährt er fort: „Eine Mahnung kann nun nicht mehr stattfinden." Diese Ansicht ist jedoch wohl unhaltbar, und zwar aus folgendem Grunde: Die Fälligkeit der Verpflichtung zur Abgabe der Einwilligungserklärung war mit Eintreffen der Aufforderung hiezu eingetreten. Wenngleich nun mit Erlöschen dieses Antrags die Möglichkeit der verlangten Leistung benommen war, so lebt sie doch durch die Mahnung (als intensives nochmaliges Angebot) wieder auf; es erfolgt somit in Wahrheit doch Mahnung nach eingetretener Fälligkeit, d. h. der säumige Verkäufer kommt in Verzug. Ohne sie zu begründen, vertritt auch Nissen (a. a. O. pg. 565) diese Ansicht, wenn er schreibt: „Ist das Wandlungsrecht begründet und lehnt Verkäufer ab, den Wandlungsvertrag zu schliessen, was er damit zum Ausdruck bringt, dass er trotz des Wandlungsverlangens die Erfüllung des Kaufvertrags beansprucht, so befindet er sich dem Käufer gegenüber im Verzug."

Endlich sei an dieser Stelle auf eine Merkwürdigkeit im B. G.-B. hingewiesen. Man wäre nämlich versucht, die Zulässigkeit einer derartigen Mahnung aus § 306 B. G.-B. nachweisen zu wollen und zwar auf Grund folgender Argumentation:

Wäre der Gesetzgeber von der Anschauung ausgegangen, dass kein Rechtsgeschäft — gleichgültig,

ob einseitig oder Vertrag — auf eine unmögliche Leistung gerichtet werden könne, dann wäre der § 306 B. G.-B. überflüssig, welcher die Nichtigkeit derartiger Verträge konstituiert; war er aber anderer Ansicht, dann hätte er auch für einseitige Rechtsgeschäfte, wie die Mahnung, eine gleiche Bestimmung einfügen müssen! Doch, wie die Motive (cf. Mugdan II pg. 97) zeigen, ist ein solches Ergebnis keineswegs beabsichtigt; wir haben es also mit einem Versehen zu tun.

§ 14.

Schwierigkeiten in der Frage der Verjährung.

Auch die Vorschriften über die Verjährung führen bei Zugrundelegung der Vertragstheorie zu unerwünschten Folgen. Da sich ihr zufolge die §§ 477/78 B. G.-B. nur auf die Einwilligungserklärung des Verkäufers in den Vertragsschluss, resp. den Anspruch hierauf, beziehen (so Goldmann-Lilienthal a. a. O. pg. 151 Anm. 2, Neumann zu § 477, Note II), unterliegt der durch erfolgten Vertragsschluss erlangte Anspruch auf Restitution den allgemeinen Verjährungsvorschriften, z. B. der Verjährung von 30 Jahren. Hat also der Käufer, wie es allein konsequent ist, nur auf Vertragsschluss geklagt, so kann er nach mehreren Jahren noch einen Güterumtausch erzwingen, zu dessen Verhinderung in Anbetracht der praktischen Schwierigkeiten der § 477 B. G.-B. aufgestellt ist! Dies Ergebnis betrachtet Kipp als selbstverständlich und durch die Billigkeit erfordert; ja er macht Eccius den Vorwurf, dass dieser den Anspruch auf Rückgewähr den Verjährungsvorschriften des § 477 unterstellen müsse. Dieser Vorwurf ist jedoch bei objektiver Würdigung der Sachlage nur als unberechtigte Anwendung des Satzes zu betrachten: „Angriff ist die beste Verteidigung“; es kann daher diese Frage wohl verlassen werden.

§ 15.

Formale Umständlichkeiten bei Wandelung von Grundstückskäufen.

Auch eine formale Frage im Wandelungsrecht kann vom Standpunkt der Vertragstheorie nur eine höchst unglückliche Lösung beanspruchen. Nämlich § 313 B. G.-B. verlangt bei ihrer Geltung für Wandelung von Grundstückskäufen unabweisbar eine grosse Umständlichkeit. Es liegt nämlich alsdann, da „Rückgängigmachung" des Kaufs neben Aufhebung zweifellos noch die beiderseitige Verpflichtung zur Rückgewähr bedeutet, die Verpflichtung vor, „das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen." Der Wandelungsvertrag bedarf also, um realisiert werden zu können, z. B. in Bayern der notariellen Beurkundung (§ 313 B. G.-B., art. 141 E.-G. z. B. G.-B.; art. 15 A.-G. z. G.-V.-G. (in der Fassung des art. 167 A.-G. z. B. G.-B.); art. 1 ff. Not-Ges.). Wenn Flechtheim (a. a. O. pg. 73, Note 14a) gegen Eccius (a. a. O. pg. 328, Note 39) die Verpflichtung zur Rückübertragung als „gesetzliche Folge" des Wandelungsvertrags betrachtet (ebenso Stratmann a. a. O. pg. 10), so ist dies nicht nur höchst gekünstelt, sondern widerspricht direkt dem § 462 B. G.-B. Um der schwerfälligen Form zu entgehen, sucht Werner (a. a. O. pg. 283/84) nachzuweisen, es handle sich hier nicht um einen „Vertrag", sondern um eine blosse „Einigung". Dies ist indes als blosses Spielen mit Worten zu bezeichnen, ist doch der Vertrag nach der alten Definition duorum in idem placitum consensus! Naefe (a. a. O. pg. 17) endlich glaubt der Schwierigkeit entrinnen zu können durch den Hinweis darauf, dass die dingliche Verfügung den Formmangel heilt. Aber abgesehen davon, dass dies eine, wenn auch geduldete Gesetzesverletzung bedeutet, dürfte dies Argument

an der instruktionellen Vorschrift des § 29 G.-B.-O. scheitern.

Es kann eben die Vertragstheorie auch diese selbst geschaffene Schwerfälligkeit nicht wegdisputieren.

§ 16.

Gläubigerbenachteiligung im Kontokorrent-Verkehr.

Noch nicht wurde bisher in der Wandelungs-Literatur aufmerksam gemacht auf eine weitere, nicht zu unterschätzende Schwierigkeit, die sich bei Geltung der Vertragstheorie für den Kontokorrentverkehr aus § 357 H.-G.-B. ergibt. In bezug auf die Pfändung und Ueberweisung des bei Rechnungsabschluss sich für einen Kunden ergebenden Soll-Saldo an einen Gläubiger ist nämlich in § 357 H.-G.-B. bestimmt, dass ihm gegenüber Posten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden. Dabei gelten Geschäfte, die auf Grund einer schon vor der Pfändung bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden, nicht als neue Geschäfte. Hat nun ein Kontokorrentkunde vor erfolgter Pfändung eine mangelhafte Sache gekauft, bezahlt und die Wandelungsklage erhoben, so geht diese doch nur auf Verpflichtungserklärung zur Rückzahlung; tritt Rechtskraft oder vorläufige Vollstreckbarkeit des der Klage stattgebenden Urteils erst nach erfolgter Pfändung ein, so ist der daraufhin erfolgte Eintrag in's Haben des Kunden von ihr nicht miterfasst, denn die Verpflichtung zu dieser Realleistung wird nach der Vertragstheorie erst durch rechtskräftiges oder — was ja (cf. ob. pg. 37) eigentlich unzulässig ist — vorläufig vollstreckbares Urteil konstituiert, welches nur ex nunc rechtsgestaltend wirkt.

Wie alle bisher angeführten Schwierigkeiten, würde auch diese durch den Ausfall entstehende, manchmal recht beträchtliche Schädigung des Gläubigers bei Anerkennung der Restitutionstheorie entfallen.

V. Kapitel.

§ 17.

Das Wandelungsrecht auf der Grundlage der Restitutionstheorie.

Nachdem nunmehr gezeigt ist, dass sich die (engherzige) Vertragstheorie bei ihrer theoretischen Analyse als nicht geboten, ja vielmehr durch das Gesetz und seine Vorgeschichte widerlegt erweist und für die praktische Verwertung endlich unleidliche Konsequenzen mit sich bringt, sei zum Schluss der Versuch gemacht, den Weg zu zeigen, durch welchen eine einfache und natürliche Rechtspflege gesichert erscheint.

Zunächst kann der Wandelungsanspruch wohl auf Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufs gerichtet werden. Wenn im Gegensatz hiezu Thiele (a. a. O. pg. 427) und Haymann (a. a. O. pg. 549) behaupten, der Käufer sei nicht nur nicht gezwungen, auf Einwilligung zu klagen, sondern er dürfe es nicht einmal, so geht diese Ansicht zu weit, und ist darum zu verwerfen. Von diesen Autoren wird eben die gradatio a maiore ad minus verkannt, welche darin liegt, dass man sich mit der blossen Willenserklärung (für's erste) zufrieden gibt, statt sofort auf Realleistung zu bestehen.

Wie im zweiten und dritten Kapitel gezeigt wurde, ist es aber ohne Zweifel gleichfalls zulässig, das Klagepetitum auf unmittelbare Wiederherstellung des

status quo ante durch Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Sache zu richten. Die in dieser Form angestellte Wandelungsklage stellt sich demnach, wie sich Endemann (a. a. O. pg. 721 Anm. 13) ausdrückt, als „normale Leistungsklage" dar. Mit Rechtskraft des Urteils ist die Wandelung auch als im Sinn des § 465 B. G.-B. vollzogen zu betrachten, d. h. das ius variandi des Käufers ist erloschen. Dies bestreitet, auf Eccius fussend, Stratmann (a. a. O. pg. 35), welcher eine solche Wirkung nur für ein Vorgehen nach den Forderungen der Vertragstheorie anerkennt. Da aber die Verurteilung zur Leistung offenbar ein plus gegenüber derjenigen zu der verpflichtenden Willenserklärung (des § 894 C.-P.-O.) bedeutet, also die letztere in sich schliesst, ist seine Ansicht unrichtig; der eben genannte, von ihm erwähnte „praktisch unbedingt wert zu schätzende Vorteil" gegenüber unserer Konstruktion ist also nicht zu konstatieren.

Die Restitutionsklage in der eben geschilderten Form ist natürlich nur begründet, wenn die Zahlung des Kaufpreises bereits erfolgt ist; hat der Käufer dagegen noch nicht geleistet, so steht ihm die Klage auf Erlass der Verbindlichkeit zur Zahlung zu. Unrichtig dürfte der in dieser Frage ohne nähere Begründung von Eccius (a. a. O. Anm. 34) vertretene Standpunkt sein. Er will nämlich in diesem Fall dem wandelungsberechtigten Käufer auch ohne Vollziehung der Wandelung nach § 465 B. G.-B. die negative Feststellungsklage, gerichtet auf Konstatierung des Nichtbestehens der Kaufpreisforderung, gewähren.

Dem stehen hauptsächlich folgende Bedenken entgegen:

Der Käufer wäre vor allem völlig einem solchen gleichgestellt, der berechtigt ist, durch einseitige Erklärung vom Kaufvertrag zurückzutreten. Von einem Tätigwerden des Verkäufers, wie es § 462 B. G.-B.

verlangt, oder wenigstens dessen Ersatz durch rechtskräftiges Urteil ist hiemit jede Spur vertilgt; kurz, die Vorschrift des § 467 B. G.-B., welche den Vollzug der Wandelung durch einseitige Willenserklärung ausgeschlossen wissen will, wäre zu einer inhaltlosen Formel zusammengeschrumpft.

Ferner: Wenn die negative Feststellungsklage begründet sein soll, muss doch die Schuld erloschen sein; ist dies aber der Fall, so kann man konsequenter Weise bei einer Zahlungsverweigerung auf Grund des § 478 B. G.-B. nicht von einer Wandelungs„einrede“ sprechen, wie im Einklang mit den übrigen Autoren auch Eccius den Inhalt des eben zitierten Paragraphen bezeichnet, man hätte es vielmehr dort mit einer rechtsverneinenden Einwendung zu tun.

Endlich führen, wie Cohn (Juristische Wochenschrift 1902 pg. 8) ausführt, auch praktische Rücksichten zur Zuerkennung eines Liberationsanspruchs an Stelle eines ipso iure eintretenden Erlöschens. Denn, wenn auch im Regelfall die Forderung von selbst vernichtet wäre, so könnte z. B. in dem Falle, dass der Käufer an Zahlungsstatt eine Verbindlichkeit des Verkäufers auf sich nahm, denselben nur eine Befreiung hievon in den status quo ante zurückversetzen. Oder bei teilweise erfolgter Zahlung müsste doch für diesen Betrag eine Tätigkeit, die Rückgewähr, erfolgen. Aus all dem ergäbe sich folgende unerquickliche Konsequenz: Das Gesetz müsste in krassester Kasuistik für jeden dieser, dem Wesen nach gleichen Fälle eine besondere Gestaltung schaffen, während dasselbe doch stets dieselbe abstrakte Norm für die in concrete zwar verschiedenen, aber doch wesensverwandten Tatbestände bieten soll, in Durchführung eines, sich leitend durch das Ganze ziehenden Prinzips.

Aus diesen Gründen muss, wenn der wandelnde Käufer noch nicht geleistet hat, das Petitum der Klage lauten:

„Den Verkäufer zu verurteilen, dem Käufer die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises zu erlassen."

Für gewöhnlich dürfte aber ein Interesse an einer solchen Klage nicht gegeben sein. Denn dasselbe geht dahin, dass der Verkäufer die Geltendmachung irgendwelcher Rechte aus dem Kauf unterlasse; diesem aber ist genügt, solange der Verkäufer nicht klagt. Darum wird gewöhnlich der Käufer bis dahin warten, dann entweder zur Wiederklage auf Erlass greifen, oder sich mit der (unter den Bedingungen des § 478 B. G.-B. sogar der Verjährung entzogenen) Wandelungseinrede begnügen. Ein Fall, in welchem der Käufer ein Interesse daran habe, selbst klageweise vorzugehen, soll nach Mensing (a. a. O. pg. 57) gegeben sein, wenn der Beweis der Fehlerhaftigkeit des Kaufobjekts dadurch erschwert würde, dass der Käufer die Klage abwarten würde. Doch gewährt ihm, wie demgegenüber zu konstatieren ist, die in § 488 C.-P.-O. gestattete Sicherung des Beweises vor Beginn des Prozesses genügenden Schutz.

Dass endlich der vierte Rechtsbehelf, die Wandelungseinrede des § 478 B. G.-B., sich geradezu als Ausfluss der Restitutionstheorie erweist, wurde bereits (cf. oben § 6) gezeigt.

Ueber die Frage der örtlichen Zuständigkeit cf. die Entscheidung des R.-G. vom 16. Juni 1903 (55,105 ff.). Obwohl sehr interessant, braucht sie in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert zu werden, da man aus ihr ebensoviel für, wie gegen die Vertragstheorie entnehmen könnte.

Endlich sei noch bemerkt, dass auch ohne Beschreitung des Prozesswegs nach § 465 B. G.-B. sehr

wohl ein Vertrag geschlossen werden **kann**. In diesem Fall werden die Rechte auf Rückleistung u. s. w. eben auf diesen Vertrag gestützt, ohne Rücksicht darauf, ob auch nach der gesetzlichen Gewährspflicht der §§ 459/60 B. G.-B. das Restitutionsverlangen begründet wäre. Mit dem Abschluss dieses Vertrags ist unzweifelhaft auch der Verkäufer berechtigt, angriffsweise sein Recht auf Rückgewähr der bereits tradierten Kaufsache zu verfolgen. Nur Schollmeyer (a. a. O. pg. 17) spricht ihm diese Befugnis ab. Die Unrichtigkeit seiner Ansicht ergibt sich jedoch aus der Natur des offenbar gegenseitigen Vertrages, sowie aus § 346 B. G.-B.: „Die Parteien sind verpflichtet, **einander** die empfangenen Leistungen zurückzugewähren." Ist dagegen beiderseits noch keine Leistung erfolgt, so macht der Wandelungsvertrag den Kauf rückgängig; es erlöschen ipso iure die aus demselben entspringenden Verpflichtungen (cf. Oertmann, Note 1a zu § 467). Zurückzuweisen ist dagegen die Ansicht Dernburgs (Recht der Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preussens: pg. 240), das B. G.-B. habe sich der Konstruktion des ersten Entwurfs angeschlossen, wonach die Verpflichtungen aus dem Kauf bestehen bleiben, und nur peremtorische Einreden gegen Ansprüche aus dem Schuldverhältnis bestünden. (cf. Planck, Anm. vor § 346, Ziffer 2a). Die Ansprüche sind vielmehr ipso iure erloschen, nicht ope exceptionis entkräftet, vorausgesetzt natürlich beiderseitig: res adhuc integra.

VI. Kapitel.

Stellungnahme der Praxis; Schluss.

In die gezeichneten Bahnen lenkt, nach einigen anfänglichen Abwegen zur Vertragstheorie, (cf. O.-L.-G. Marienwerder, Entscheidung vom 5. XI. 1901 in Rechtsprechung der O.-L.-G. IV,35) auch die neuere Gerichtspraxis ein. So entschied das L.-G. Berlin am 10. 1. 1902:

„Mit Recht ist in der erhobenen Wandelungsklage unterlassen, einen Vorderantrag dahin zu stellen, dass Beklagter zur Einwilligung in die Wandelung verurteilt werde.“

Und in der Entscheidung des O,-L.-G. Karlsruhe vom 9. V. 1902 (Badische Rechtsprechung 1902, pg. 267) ist zu lesen:

„Der Inhalt des Wandelungsanspruchs geht unmittelbar auf Aufhebung des Kaufs, nicht erst auf Abschluss des Wandelungsvertrags, wobei das verweigerte Einverständnis des Beklagten durch dessen Verurteilung ersetzt würde.“

Ja, selbst das oben zitierte Marienwerder Erkenntnis hält nicht an seinem ersten Satz fest: „Die Wandelung ist ein Vertrag, der durch die Einverständniserklärung des Verkäufers mit dem Verlangen des Käufers zustande kommt;“ folgt doch bald darauf das Zugeständnis: „Will der Beklagte die Folgerungen ausgesprochen wissen, die nur aus der erfolgten Wandelung sich ergeben können, so ist damit stillschweigend der Antrag auf Einwilligung in die Wandelung gestellt.“

Läuft das aber im praktischen Ergebnis nicht auf dasselbe hinaus, wie die, nur klarer und mit viel grösserer logischer Konsequenz abgefassten beiden anderen Urteile?

So können wir denn auf Grund theoretischer und praktischer Untersuchung, gestützt auf Erkenntnisse angesehener Gerichtshöfe, als Ergebnis der Arbeit den Satz aufstellen:

Zweifellos ist, mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung, dass jederzeit ein Wandelungsvertrag geschlossen werden kann; dass aber in jedem Fall ein Vertragsschluss erfolgen muss, während der letztlich beabsichtigte Erfolg auf viel einfacherem Weg erreicht werden kann, ist nicht zuzugeben. Der Wandelungsstreit wird zwar niemals eine glatte Lösung finden; denn der Fehler der Unklarheit, der hier eben im Gesetz steckt, kann nie durch die Wissenschaft allein beseitigt werden. Wenngleich daher der Nachweis einer Abweisung der Vertragstheorie in allen einschlägigen Gesetzesparagraphen nie gelingen kann, so sollte sie dennoch nicht immer wieder als einzig vom Gesetzgeber gewollt verteidigt werden; denn ein solch reiner Formalismus kann auf die Dauer nicht den Anforderungen einer mindestens ebensogut im Gesetz begründeten gesunden Praxis Stand halten; es passt auf diesen Fall trefflich das Römerwort:

Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. (l. 17. D. de leg. 1,3.) —